

## **Collectieve preventieve rechterlijke toetsing van bedingen in algemene voorwaarden: een bruikbaar wapen**

Prof. mr B. Wessels

Een collectief actiemechanisme dat zich in het bijzonder richt tegen onredelijke algemene voorwaarden is geregeld in Afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden), in het bijzonder in de art. 6:240-243 BW. De Afdeling geeft regels voor de mogelijkheid dat bedingen in algemene voorwaarden op vordering van belangenorganisaties, waaronder consumentenorganisaties door een bijzondere rechter onredelijk bezwarend worden verklaard. In deze bijdrage een overzicht van haar toepassing door exclusief bevoegde rechter, Hof 's-Gravenhage.

Collectieve actie

Algemene voorwaarden

Belangenorganisatie

Abstracte toets van algemene voorwaarden

Ontvankelijkheid

## **Collectieve preventieve rechterlijke toetsing van bedingen in algemene voorwaarden: een bruikbaar wapen**

Prof. mr B. Wessels

### 1. Inleiding

Collectieve handhaving van het consumentenrecht staat in het centrum van de belangstelling. Het leed veroorzaakt door woekerpolissen of aandelenlease wordt ook collectief bestreden met “ad hoc 305a-vehikels”, de benaming voor de (wildgroei van) agerende stichtingen.<sup>1</sup> Een collectief actiemechanisme dat zich in het bijzonder richt tegen onredelijke algemene voorwaarden is geregeld in Afdeling 6.5.3 BW (Algemene voorwaarden), in het bijzonder in de art. 6:240-243 BW. De Afdeling geeft regels voor de mogelijkheid dat bedingen in algemene voorwaarden op vordering van belangenorganisaties, waaronder consumentenorganisaties door een bijzondere rechter onredelijk bezwarend worden verklaard. In het kort komen die regels op het volgende neer. Aan die verklaring van “onredelijke bezwarendheid” kan een verbod van verder gebruik of van aanbeveling van het gebruik van het beding worden verbonden. Deze vordering is in de art. 6:240 en 241 BW geregeld. Zij beoogt, mede door de prikkel tot onderhandelen die zij vormt, een ‘collectief controlemechanisme’ te bieden tegen het in wezen collectieve verschijnsel der algemene voorwaarden. Art. 6:242 BW scheidt de mogelijkheid tot herroeping van een zodanige uitspraak op grond van gewijzigde omstandigheden. Het rechtsgevolg van de uitspraak wordt geregeld in art. 6:243: een beding in algemene voorwaarden dat verboden is verklaard en dat door degene jegens wie dit verbod is uitgesproken in strijd hiermee toch in een overeenkomst wordt opgenomen, is vernietigbaar. Daarmee heeft overtreding van een op grond van art.

---

<sup>1</sup> Zie W.H. van Boom, Collectieve handhaving van het consumentenrecht, Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2010, p. 131 e.v. Over de vraag of er een claimcode moet komen voor stichtingen die collectieve acties initiëren, zie: verslag seminar 18 maart 2010, Den Haag, weergegeven in Ondernemingsrecht 2010-5, p. 239 e.v.

6:240 en 241 uitgesproken verbod dus niet alleen gevolgen in de verhouding van de veroordeelde gebruiker en de belangenorganisatie, maar ook in die tot wederpartijen. Hieronder ga ik in het bijzonder in op de op basis van art. 6:240 in te stellen vordering door haar context in Afdeling 6.5.3. kort te vergelijken met die van art. 3:305a (het algemene vorderingsrecht dat aan een specifieke belangenorganisatie toekomt) (par. 2). Vervolgens bespreek ik, eveneens kort, de positie van het Hof s'-Gravenhage, dat bij uitsluiting bevoegd is van de in art. 6:240 bedoelde vorderingen kennis te nemen (par. 3) en de zaken die het tot heden heeft gewezen (par. 4). Vervolgens is er aandacht voor de specifieke kenmerken van de ("abstracte") toets die het hof dient toe te passen (par. 5). Deze beschouwing wordt afgerond met enkele opmerkingen over de inhoud van de in art. 6:240 lid 1 bedoelde vordering (par. 6) en de ontvankelijkheid van de rechtspersoon die haar wil instellen (par. 7).

## 2. Verhouding art. 3:305a en art. 6:240 e.v. BW

Afdeling 6.5.3. BW is ruim twee jaar ouder dan het met ingang van 1 juli 1994 in de wet opgenomen art. 3:305a BW. Op grond van art. 3:305a BW komt belangenorganisaties een algemeen vorderingsrecht toe dat betrekking heeft op alle vorderingen, met uitzondering van de vordering tot schadevergoeding in geld (lid 3). Gelijksoortige belangen van personen, wier belangen de stichting of vereniging ingevolge haar statuten behartigt, kunnen derhalve collectief behartigd worden, ook op het gebied van het contractenrecht en derhalve ook op het terrein van algemene voorwaarden. Uitdrukkelijk is naast de mogelijkheid die art. 3:305a biedt, de specifieke bepaling van art. 6:240 gehandhaafd. Afwijkend ten opzichte van art. 3:305a is in de art. 6:240 e.v. onder meer: (i) de bijzondere competentie van het Hof 's-Gravenhage, (ii) de strenge eis van voorafgaand overleg, (iii) de in kwaliteit aangeduide organisaties aan wie procesbevoegdheid toekomt, (iv) de bijzondere sancties van art. 6:241 lid 3; en (v) de derdenwerking die in art. 6:243 aan een verbod wordt verleend. Overigens is het wel mogelijk dat een consumentenorganisatie ten behoeve van haar leden een actie ex art. 3:305a instelt tot vernietiging van één of meer onredelijk bezwarende algemene voorwaarden in reeds gesloten overeenkomsten.<sup>2</sup> Als gevolg van de EU-richtlijn inzake grensoverschrijdende collectieve acties<sup>3</sup> is met ingang van 1 januari 2001 de collectieve actiemogelijkheid bij bedingen in algemene voorwaarden eveneens opengesteld voor buitenlandse belangenorganisaties. Daartoe is aan art. 6:240 een nieuw zesde lid toegevoegd en is de regeling van het algemeen vorderingsrecht uitgebreid met art. 3:305c BW. Buitenlandse belangenorganisaties die zich hebben laten inschrijven op een Europese lijst van erkende belangenorganisaties kunnen daardoor ter behartiging van de belangen van buitenlandse consumenten in Nederland optreden. Op grond van dezelfde richtlijn is met ingang van 1 januari 2001 de overlegtermijn van de art. 6:240 lid 4 en 3:305a lid 2 teruggebracht van zes maanden naar twee weken na ontvangst van een verzoek tot overleg onder vermelding van de bezwaren. Tegelijkertijd is aan art. 6:241 een zesde lid toegevoegd, waarin terzake van het collectief vorderingsrecht van art. 6:240 e.v. wordt voorzien in de mogelijkheid van een kort geding voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, zie art. 6:241 lid 6.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> In deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 507.

<sup>3</sup> Richtlijn 98/27/EG betreffende het doen staken van inbreuken in het raam van de bescherming van de consumentenbelangen, Pb EG 1998, L 166/51.

<sup>4</sup> Waarover Snijders, WPNR 6425 (2000). Uitvoeriger over art. 6:240 e.v. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nrs. 504-507. Bij de Wet handhaving consumentenbescherming (Stb. 2006, 591) is de bevoegdheid om te ageren tevens toegekend aan de consumentenautoriteit. Vergelijk Mon. BW B49a (Verkade), nrs. 75 e.v., en Cauffman, Efficiënt handhaven van consumentenrechten, NTBR 2010/3, p. 78 e.v.

### 3. Competentie Hof 's-Gravenhage

De in art. 6:240 geregelde vorm van collectieve preventieve rechterlijke controle van algemene voorwaarden is geconcentreerd bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Voorop heeft gestaan dat ook reeds in eerste instantie eenheid van rechtspraak dient te worden bevorderd. Art. 67 Wet RO (oud) bepaalde dat het Hof 's-Gravenhage zowel in eerste aanleg als in hoogste ressort, behoudens voorziening in cassatie, kennisneemt van de vorderingen bedoeld in de art. 6:240 en 242. Met de invoering van vernieuwingen in Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op 1 januari 2002 is de regeling van het art. 67 RO (oud) komen te vervallen. Op grond van art. 6:241 lid 1 is Hof 's-Gravenhage exclusief (absoluut en relatief) bevoegd ten aanzien van vorderingen gebaseerd op art. 6:240. Hetzelfde geldt voor vorderingen op basis van art. 6:242 op grond van art. 6:242 lid 1 jo. 6:241 lid 1.<sup>5</sup> Ook alle geschillen ter zake van de tenuitvoerlegging van de in art. 6:241 lid 3 bedoelde veroordelingen of van een eventuele veroordeling tot betaling van een dwangsom krachtens art. 611a Rv worden door art. 6:241 lid 5 bij het Hof 's-Gravenhage geconcentreerd.<sup>6</sup>

Het hof kan zijn uitspraak, ondanks mogelijk beroep in cassatie, uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Het hof heeft op grond van art. 6:241 lid 4 de bevoegdheid – eventueel ambtshalve – aan te geven op welke wijze het onredelijk bezwarend karakter van een verboden bepaling kan worden weggenomen. Daarvan is in 2008 gebruik gemaakt (zie par. 6 hierna). Op basis van art. 6:241 bestaat terzake van collectieve vorderingen als bedoeld in art. 6:240 ook de mogelijkheid van een kort geding voor de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage. Als een collectieve procedure eenmaal aanhangig is bij het Hof 's-Gravenhage bestaat op grond van art. 223 Rv tevens de mogelijkheid om hangende de procedure een voorlopige voorziening te vorderen bij het hof zelf.<sup>7</sup>

### 4. Procedures inzake art. 6:240 e.v. BW

Aan het Jaarverslag Rechterlijke Actie 1995 van de Consumentenbond is te ontleen dat de eerste procedure in het kader van art. 6:240 een beding in de algemene voorwaarden van de Foto Vakhandel betrof. Na het uitbrengen van de dagvaarding 'werden de voorwaarden alsnog op bevredigende wijze aangepast'. Het Hof 's-Gravenhage heeft op 27 juni 1996 voor het eerst arrest gewezen in een procedure tussen de Consumentenbond en de nutsbedrijven verenigd onder EnergieNed en Vewin betreffende een exoneratieclausule in de leveringsvoorwaarden.<sup>8</sup> De procedure werd vervolgd bij de Hoge Raad en leidde na terugverwijzing naar het Haagse Hof tot een verklaring voor recht dat de clausule onredelijk bezwarend is en publicatie van het vonnis.<sup>9</sup>

Nadien hebben nog enkele procedures tot jurisprudentie geleid. Het betreft de procedure van de Consumentenbond tegen het beding van het toenmalige assurantieconcern Stad Rotterdam

<sup>5</sup> Zo ook Bosch-Boesjes 2010 (T&C Rv), art. 1005, aant. 2.

<sup>6</sup> Zie Hof 's-Gravenhage 24 oktober 2006, LJN: AZ0734; TvC 2008/2, p. 76 e.v., waarbij in de zaak HCC/Dell, waarbij het door Dell onder meer gevorderde verbod aan HCC om dwangsommen te executeren wordt afgewezen.

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 6 juli 2004, NJ 2004, 483 (HCC / Dell Computer BV). Bij wijze van voorlopige voorziening werd Dell het gebruik van een onredelijk bezwarend vooruitbetalingbeding hangende de procedure verboden.

<sup>8</sup> Hof 's-Gravenhage 27 juni 1996, NJ-kort 1996, 62; TvC 1996, p. 282, nt. Mölenberg, Rinkes en Rijken; NTBR 1996, p. 190, nt. Hondius; Nederlands tijdschrift voor sociaal recht 1996, p. 239, nt. Loos; JOR 1996/79.

<sup>9</sup> HR 16 mei 1997, NJ 2000, 1; AA 1997, p. 730, nt. Kortmann; JOR 1997/91, nt. Wessels; A&V 1997, p. 135, nt. Dommering-Van Rongen; TvC 1997, p. 322, nt. Rijken; NTBR 1998, p. 93, nt. Van Delft-Baas.

dat verplichtte tot het afsluiten van een opstalverzekering bij het concern ingeval van een hypotheekovereenkomst met het concern (koppelverkoop). Omdat Stad Rotterdam niet slaagt in het tegenbewijs tegen het wettelijk vermoeden van art. 6:237 onder j, wordt het beding door het Haagse hof onredelijk bezwarend verklaard.<sup>10</sup> Een andere spraakmakende zaak betreft de procedure van de Hobby Computer Club HCC (een organisatie die de belangen van consumenten die computer gebruiken behartigt) tegen computerverkoper Dell inzake een groot deel van de door deze gehanteerde verkoop- en leveringsvoorwaarden. Het Hof 's-Gravenhage wees de vorderingen van HCC gedeeltelijk toe en verklaarde een aantal bedingen, in het bijzonder met exoneratieclausules en bedingen in strijd met de bepalingen inzake consumentenkoop en productenaansprakelijkheid, onredelijk bezwarend, onder oplegging van een verbod van verder gebruik op straffe van een dwangsom en publicatie van de uitspraak.<sup>11</sup> Een geschil omtrent de tenuitvoerlegging van het arrest van het hof behandel ik kort hierna. In de procedure werd bij wijze van voorlopige voorziening tevens een door de computerverkoper gehanteerd vooruitbetalingsbeding verboden.<sup>12</sup> Voorts heeft de Consumentenbond in kort geding tevergeefs getracht een voorlopige voorziening (verbod) te krijgen ten aanzien van een wijzigingsbeding in de polisvoorwaarden van een ziektekostenverzekeraar dat de verzekerde bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd verplicht om een andere ziektekostenverzekering aan te gaan (de Standaard Pakket Polis), hetgeen de keuzevrijheid ontnemt.<sup>13</sup>

In 2006 moet het Hof in Den Haag twee keer in actie komen. Op 9 augustus 2006 op verzoek van de Samenwerkende Organisaties Voetbalsupporters (SOVS) tegen de door de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) via een op toegangkaartjes afgedrukt algemeen beding houdende de sanctie van een stadionverbod. Ik zal deze zaak gebruiken om de toetsmethode van het Hof te adstrueren. Een maand later<sup>14</sup> doet het Hof uitspraak in een geding tussen een viertal verenigingen van auteurs (vertalers, journalisten, ontwerpers, fotografen) en uitgeverij Sanoma over door de laatste gehanteerde standaardlicenties, waarin clausules voorkomen over vergoeding voor hergebruik van materiaal en duur van een exclusieve licentie. Het Hof oordeelt hier dat het beding in de Regeling gebruik opdrachtmateriaal (2006), dat de licentie gedurende de eerste anderhalf jaar exclusief is, tegenover freelance-auteurs onredelijk bezwarend is en verbiedt Sanoma vanaf twee maanden na betekening van het arrest gebruik te maken van dit onredelijk bezwarend verklaarde beding door deze op haar overeenkomsten met freelance-auteurs van toepassing te verklaren en/of door de nakoming van de onredelijk bezwarend verklaard beding af te dwingen.

Een ander geval betreft de volgende zaak. Artikel 5 van een set algemene huurvoorwaarden komt erop neer dat een huurder maandelijks een servicekostenvoorschot voldoet. De bepaling luidt vervolgens:

*“5.3 Het kan zijn dat wij het aantal leveringen en diensten aan u willen wijzigen (uitbreiden of inkrimpen). Wanneer wij deze leveringen en diensten alleen maar aan een aantal bewoners en ondernemers kunnen leveren, geldt het volgende. Betaalt u een geliberaliseerde huurprijs, dan bent u aan de wijziging gebonden. Betaalt u geen geliberaliseerde huurprijs, dan bent u in ieder geval aan de wijziging gebonden als tenminste 70% van de bewoners en ondernemers daarmee instemt. Iedere bewoner en ondernemer heeft één stem per gehuurde woning/bedrijfsruimte. Nadat u van ons het bericht heeft ontvangen dat minstens 70% instemt met de wijziging, heeft u acht weken om een verzoek in te dienen om een rechter te laten oordelen over de redelijkheid van het voorstel. Bij het percentage dat instemt met de wijziging tellen we ook de personen die eigenaar zijn van het woon- en/of*

<sup>10</sup> Hof 's-Gravenhage 25 augustus 1998, NJ 1999, 298; TvC 1998, p. 451, nt. Rinkes.

<sup>11</sup> Hof 's-Gravenhage 22 maart 2005, LJN: AT1762; TvC 2005, p. 150, nt. Schaub en Loos.

<sup>12</sup> Hof 's-Gravenhage 6 juli 2004, NJ 2004, 483; TvC 2004, p. 185, nt. Loos.

<sup>13</sup> Pres. Rb Utrecht 22 oktober 1996, TvC 1997, p. 39, nt. Rinkes. Art. 6:241 lid 6 BW is in casu niet aan de orde. Vergelijk ook Wessels, WPNR 6248 (1996).

<sup>14</sup> Hof 's-Gravenhage 21 maart 2006, LJN: AY9089; AMI 2008/4, p. 99 e.v., nt. Hugenholtz.

*bedrijfsruimte(n) in het gebouw waarvan uw huurwoning deel uit maakt. Deze personen moeten de ruimte wel zelf in gebruik hebben.*

*5.4 Het vorige lid is niet van toepassing als uw huurwoning gelegen is in een gebouw dat in appartementsrechten is gesplitst. En als de gezamenlijke eigenaren besluiten tot een wijziging van het aantal leveringen en diensten dat alleen maar aan een aantal bewoners en ondernemers kan worden geleverd. Dan bent u aan dat besluit gebonden, tenzij dat onredelijk tegenover u is.  
(...)"*

Het Haagse Hof constateert in zijn uitspraak van 21 maart 2008<sup>15</sup> constateert dat het aangehaalde artikel 5.4 geen onderscheid maakt tussen geliberaliseerde en niet-geliberaliseerde woonruimte. Het acht de clause in strijd met art. 7:261 BW en verklaart het gezien het bepaalde in art. 6:240 lid 1, tweede volzin BW wegens strijd met de wet onredelijk bezwarend. Het Hof komt aan een belangenafweging niet toe (zogenaamde abstracte toetsing, zie hierna), de gevraagde verklaring voor recht dient te worden toegewezen. Ook een verbod om genoemde bepaling nog langer te gebruiken acht het Hof op zijn plaats, terwijl de gebruiker, Woningbouwvereniging Het Oosten, tevens wordt veroordeeld haar huurders en betrokken verenigingen van eigenaren op adequate wijze voor te lichten omtrent deze wijziging.

## 5. Karakteristiek abstracte toetsing

Afd. 6.5.3. kent twee verschillende vormen van inhoudstoetsing van bedingen in algemene voorwaarden. Een individuele wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden kan de vraag of een beding in een door hem gesloten overeenkomst onredelijk bezwarend is aan de gewone rechter (dat wil zeggen de kantonrechter of de sector civiel van de rechtbank) voorleggen in een individuele procedure op grond van art. 6:233 onder a BW. Deze toetst concreet de inhoud van het desbetreffende beding. Daarnaast zijn organisaties van consumenten of ondernemers bevoegd bedoelde vraag aan het Hof 's-Gravenhage voor te leggen op grond van art. 6:240 e.v. BW. Deze beoordeelt in abstracto de inhoud van het beding en kan het (verdere) gebruik van een onredelijk bezwarend beding verbieden. De beide gevallen kennen eigen elementen in de wijzen van toetsing. De belangrijkste verschillen zijn:

1. In het eerste ("individuele") geval wordt repressief getoetst, indien contractspartijen over de onredelijk bezwarendheid van een beding in algemene voorwaarden van mening verschillen. De toetsing in het tweede ("algemene") geval heeft het karakter van een preventieve rechterlijke controle.
2. De werking van een rechterlijke uitspraak is in het eerste geval beperkt tot het voorgelegde geschil zelf. Tegen een in een volgende overeenkomst opnieuw gebruiken van een door de rechter als onredelijk bezwarend bestempeld beding kan slechts door middel van een nieuwe rechterlijke procedure worden opgekomen. In die procedure dienen alle (gewijzigde, anders geaarde) omstandigheden opnieuw gewogen te worden. Aan de rechterlijke uitspraak van de bijzondere rechter in het tweede geval kan wel een algemene werking toekomen, doordat daarbij bedingen in algemene voorwaarden worden getoetst die gebruikt zullen worden in nog te sluiten overeenkomsten, vergelijk art. 6:243 BW.
3. De strekking van de regeling van de toets van art. 6:233 onder a is erop gericht directe rechterlijke inhoudscontrole van onredelijk bezwarende bedingen te laten plaatsvinden. De strekking van de regeling in art. 6:240 e.v. is in belangrijke mate erop gericht dat onderhandelingen op gang komen over als onredelijk bezwarend beschouwde algemene

---

<sup>15</sup> Hof 's-Gravenhage 21 maart 2008, LJN: BC7666.

voorwaarden. Art. 6:240 lid 4 vormt hiertoe een stok achter de deur. Deze bepaling geeft vorm aan een ongeschreven onderhandelingsplicht.

4. De toetsing als bedoeld in art. 6:233 onder a betreft bedingen die bestanddeel van een overeenkomst zijn geworden. Deze toetsing is meer concreet op een contractuele relatie toegespitst. Art. 6:240 heeft daarentegen betrekking op een meer abstracte toetsing; '(...) bezien wordt hier immers of het aangevochten beding onredelijk bezwarend is met het oog op zijn gebruik in overeenkomsten in het algemeen (cursief in de MvT, auteur), ongeacht de persoon van de wederpartij en ongeacht de omstandigheden van het geval, bijv. de gedragingen van twee partijen bij en na het sluiten van de overeenkomst. Er zij overigens op gewezen dat dit onderscheid gradueel is.<sup>16</sup>
5. Instemming met het gebruik van bedingen in algemene voorwaarden leidt tot niet-ontvankelijk verklaring van de instemmende rechtspersoon (vergelijk art. 6:240 lid 5). Instemming van een wederpartij laat een beroep op de norm van art. 6:233 onder a onverlet.
6. Voor de vordering krachtens art. 6:240 en ook die krachtens art. 6:242 geldt geen speciale verjaringstermijn. Het ligt voor de hand dat de vordering alleen kan worden ingesteld ter zake van bedingen in algemene voorwaarden die recentelijk nog werden gebruikt en waarvan niet uitgesloten is dat dit gebruik wordt voortgezet, omdat anders voldoende belang ontbreekt (art. 3:303).<sup>17</sup> De termijn voor de rechtsvordering tot vernietiging krachtens art. 6:233 onder a bedraagt drie jaar, vergelijk art. 3:52 lid 1 onder d. Bedoelde termijn begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop een beroep op het beding is gedaan, zie art. 6:235 lid 4. Bij procedures als bedoeld in art. 6:240 en 241 dient ambtshalve getoetst te worden aan art. 3:303 BW (zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe).<sup>18</sup>
7. De langs collectieve weg te verkrijgen uitspraak is declaratoir. De rechter kan aan de uitspraak enkele nevenvorderingen verbinden, vergelijk art. 6:241 lid 3. De rechtsgevolgen van de uitspraak worden door art. 6:243 aan het verbod (van verder gebruik) gekoppeld. Zowel de uitspraak krachtens art. 6:240 lid 1 als het verbod krachtens art. 6:241 lid 3 hebben slechts werking voor de toekomst.
8. De hoedanigheid van de procespartijen is bij de beide vormen van inhoudstoetsing verschillend. Bij de art. 6:233-onder-a-toetsing staan twee individuele contractspartijen tegenover elkaar. De collectieve actie betreft echter de instelling ervan door een collectiviteit tegen de individuele gebruiker of tegen een andere collectiviteit. Met het oog op dit laatste bevat het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering enkele toevoegingen. De vorderende collectiviteit is met uitsluiting van individuele ondernemers of consumenten ontvankelijk. Weliswaar gaat het niet om een concrete rechtsstrijd tussen twee contractspartijen die wordt beslist, maar wel om een rechtsstrijd tussen twee partijen '(...) Wij openen hier de mogelijkheid voor consumentenorganisaties om actie te ondernemen zonder dat er een materieel belang, maar wel een ideëel belang voor die organisatie aan de orde is, een belang dat statutair is omschreven', aldus de Minister van Justitie.<sup>19</sup>
9. De abstracte inhoudstoetsing op vordering van een organisatie van ondernemers of consumenten, beoordeling van geschillen over tenuitvoerlegging van bepaalde veroordelingen e.d. vindt plaats door een bijzondere rechter: het Gerechtshof 's-Gravenhage.

---

<sup>16</sup> MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1763.

<sup>17</sup> Aldus MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1766.

<sup>18</sup> Hof 's-Gravenhage 27 juni 1996, NJkort 96, 62.

<sup>19</sup> Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1774.

10. De bijzondere rechter kan op bepaalde gronden een gegeven declaratoire uitspraak wijzigen of opheffen, vergelijk art. 6:242.

Het slot van art. 6:240 lid 1, eerste zin verklaart de art. 6:233 onder a, 236 en 237 van overeenkomstige toepassing op de onredelijk-bezwarend-verklaring. Deze regel betekent dat in het geval de vordering gericht is tegen een beding dat voorkomt in art. 6:236 (zwarte lijst), het Hof 's-Gravenhage het beding zonder meer onredelijk bezwarend dient te verklaren, althans indien het bestemd is te worden gebruikt in overeenkomsten met consumenten. Dit geldt ook indien het beding in strijd is met een dwingende wetsbepaling, aldus luidt de tweede zin van art. 240 lid 1. Tevens moeten de bedingen die genoemd worden in art. 6:238 tot deze dwingende wetsbepalingen gerekend worden. Is de rechtsvordering gericht tegen een beding dat voorkomt in art. 6:237 (grijze lijst), dan dient het Hof 's-Gravenhage uit te gaan van het voor tegenbewijs vatbaar wettelijk vermoeden van het onredelijk bezwarend karakter van het beding. Richt de rechtsvordering zich tegen een beding dat noch in art. 6:236, noch in art. 6:237 voorkomt, noch een dwingende wetsbepaling is, dan dient het Hof 's-Gravenhage het hem voorgelegde bepaalde beding abstract te toetsen, met het oog op zijn gebruik in overeenkomsten in het algemeen. Art. 6:240 lid 1, tweede zin, stelt bedingen in algemene voorwaarden, die in strijd zijn met dwingend recht, gelijk met bedingen als bedoeld in art. 6:236. De dwingende regels inzake de consumentenkoop zijn hiervan een voorbeeld, vgl. art. 7:6. Het belang van art. 6:240 lid 1, tweede zin is niet gelegen in de gestelde sanctie van vernietigbaarheid, want deze vloeit rechtstreeks voort uit art. 3:40 lid 2. Haar betekenis hangt samen met de mogelijkheid een rechtsvordering als bedoeld in art. 6:240 lid 1, eerste zin in te stellen tegen degene die de algemene voorwaarden gebruikt of het gebruik ervan bevordert. Een dergelijke rechtsvordering kan bijvoorbeeld worden ingesteld indien niet op voorhand duidelijk is of het beding onder de verbodsbepaling valt. Het Hof te 's-Gravenhage kan via zijn uitspraak duidelijkheid scheppen. Aan deze uitspraak kunnen de veroordelingen als aangegeven in art. 6:241 lid 3 (verbod van gebruik, etc.) worden verbonden. Naast de nietigheid van rechtswege ex art. 3:40 lid 2 behoudt de mogelijkheid van een vordering op grond van art. 6:240 derhalve haar zin met het oog op de sancties van art. 6:241.<sup>20</sup> Hoewel er diverse verschillen in concrete en abstracte toetsing zijn, is zowel de concrete toetsing overeenkomstig de open norm van art. 6:233 onder a, als de abstracte toetsing van art. 6:240 op dezelfde maatstaf gebaseerd. Afd. 6.5.3 is opgebouwd op de maatstaf van art. 6:233 onder a, in die voege dat deze maatstaf zowel grondslag is voor de individuele (repressieve) als voor de collectieve (preventieve) controle en omwille van de rechtszekerheid in de lijsten van de art. 6:236 en 237 – ook weer met het oog op beide vormen van controle – een uitwerking heeft gevonden.<sup>21</sup> De toetsingsnorm van art. 6:240 verschilt niet van, doch staat naast die van art. 6:233 onder a.

## 6. Inhoud van de vordering

Uit art. 6:240 lid 1 BW vloeit voort dat de rechtsvordering tot inhoud kan hebben de onredelijk-bezwarend-verklaring van bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden. Voorts kunnen desgevorderd aan de desbetreffende declaratoire uitspraak drie nevenvorderingen worden verbonden, zie art. 6:241 lid 3 onder a, b en c. Het betreft: (a) een verbod van het gebruik van de door de uitspraak getroffen bedingen of van het bevorderen daarvan, (b) een gebod om een aanbeveling tot het gebruik van deze bedingen te herroepen, en (c) een veroordeling tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven

<sup>20</sup> Zie de hiervoor beschreven zaak van Hof 's-Gravenhage 21 maart 2008, LJN: BC7666.

<sup>21</sup> In deze zin MvA II Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1769.

partij of partijen. Deze opsomming heeft een limitatief karakter. Aan de uitspraak kan kracht worden bijgezet door het opleggen van een dwangsom, zie art. 611a e.v. Rv.

De meest ingrijpende nevenveroordeling van art. 6:241 lid 3 is het rechterlijk verbod. De uitspraak kan verbieden het gebruik of verdere gebruik of de bevordering van het gebruik van ‘... bedingen (of van bedingen die daaraan nagenoeg gelijk zijn)’.<sup>22</sup> De rechtsgevolgen van de uitspraak worden door art. 6:243 aan het verbod (en wel het verbod van verder gebruik) gekoppeld en niet aan de declaratoire uitspraak van art. 6:240. Een verbod zal praktisch altijd op zijn plaats zijn. Naar de mening van Hartkamp en Sieburgh zal dit slechts anders zijn indien de bijzondere rechter mag verwachten dat de gedaagde gebruikers of organisaties zich ook zonder veroordeling van gebruik of van verder gebruik van onredelijk bezwarend verklaarde algemene voorwaarden zullen onthouden.<sup>23</sup> Een verbod tot zodanig bevorderen van het gebruik (vgl. art. 6:240 lid 2 j° art. 6:241 lid 3 onder a), noch een gebod tot herroeping van een aanbeveling (vgl. art. 6:241 lid 3 onder b) leiden overigens tot vernietigbaarheid van het getroffen beding.<sup>24</sup>

In het arrest van Hof 's-Gravenhage van 9 augustus 2006 worden enkele door de KNVB via een kaartje aan voetbalbezoekers opgelegde verboden en beperkingen getoetst, waaronder de regeling van het verval van een geldig toegangsbewijs, de clausule dat geen restitutie plaatsvindt bij staking of afgelasting en het stadionverbod. Al deze clausules doorstaan de abstracte toets, maar dat geldt niet voor art 8 lid 8 van de zogenoemde Standaardvoorwaarden.<sup>25</sup> Artikel 8 lid 8 kent de volgende tekst:

*“8.8 Stewards, het beveiligingspersoneel en/of de politie zijn gerechtigd het Publiek te fouilleren op het bezit van ongeoorloofde voorwerpen en deze in beslag te nemen. In beslag genomen voorwerpen worden na afloop van de wedstrijd aan de eigenaar teruggegeven, tenzij sprake is van wettelijk verboden voorwerpen.”*

De samenwerkende supportersverenigingen (SOVS) vinden dat de bepaling een te vergaande inbreuk of inperking op het recht op privacy van supporters maakt en het Hof volgt deze redenering. Het hof oordeelt:

*“Het fouilleren van supporters kan van belang zijn voor het handhaven van de orde en de veiligheid in een stadion, maar kan als onderzoek aan het lichaam inbreuk maken op de persoon van de betrokkene. .... Aangezien het bij het fouilleren van supporters kan gaan om grote groepen personen die snel achter elkaar moeten worden gefouilleerd, dient voor de desbetreffende supporters op voorhand duidelijk te zijn dat zij hun toestemming voor het fouilleren kunnen weigeren en wat de consequenties daarvan zijn. Voor zover derhalve in artikel 8 lid 8 van de Standaardvoorwaarden niet is bepaald dat een supporter alleen met diens toestemming of bij een verdenking in de zin van artikel 27 Sv mag worden gefouilleerd, moet worden geoordeeld dat genoemd beding doorgaans tot onredelijk resultaten zal leiden en derhalve onredelijk bezwarend is.”*

Het Hof maakt (voorzover ik kan nagaan voor het eerst) gebruik van de in art. 6:241 lid 4 gelegen bevoegdheid om het onredelijk bezwarend karakter van artikel 8 lid 8 weg te nemen door de bepaling als volgt te formuleren:

---

<sup>22</sup> MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1783.

<sup>23</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2010, nr. 506.

<sup>24</sup> Ruime werking van een verbod respectievelijk gebod kan worden verkregen door zoveel mogelijk gebruikers van algemene voorwaarden te dagvaarden. Zie omtrent de mogelijkheid om alle leden van een branchevereniging collectief te dagvaarden art. 1006 Rv.

<sup>25</sup> Uitvoeriger (ook over concrete toetsing) B. Wessels, Contractueel opgelegd stadionverbod getoetst, MvV 2006, p. 84 e.v. Zie ook C. Prins, Voetbalellende, NJB 2006, p. 1677; T.B.M. Kersten, De rechteloze supporter, NJB 2006, p. 2476.



*“Stewards, het beveiligingspersoneel en/of de politie zijn gerechtigd het Publiek te fouilleren op het bezit van ongeoorloofde voorwerpen en deze in beslag te nemen, nadat daarvoor toestemming is verleend of indien sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering. Wanneer de gevraagde toestemming niet wordt verleend hebben de stewards, het beveiligingspersoneel en/of de politie het recht betrokkene de toegang tot het stadion te weigeren. In beslag genomen voorwerpen worden na afloop van de wedstrijd aan de eigenaar terugggegeven, tenzij sprake is van wettelijk verboden voorwerpen.”*

Niet uit het oog mag worden verloren dat met een particulier een contractuele afspraak wordt gemaakt, waaraan algemene voorwaarden zijn verbonden. Kennelijk is de gedachte dat met deze geherformuleerde in de algemene voorwaarden voorkomende, maar niet op het kaartje vermelde voorwaarde de kous af is. Ik zou er echter voorstander van zijn dat ook op het kaartje zelf wordt vermeld dat bij niet medewerking aan fouilleren weigeren van de toegang het gevolg kan zijn. Teneinde te bereiken dat de supporter zich op het moment van het weigeren van het fouilleren niet realiseert dat hij zijn recht op bezoek van de wedstrijd kan verliezen ware het beter een waarschuwing vóór de fouilleerplaatsen (in het algemeen op borden vóór de ingang) te geven.

De consequentie van die weigering (die vrij disproportioneel erop neerkomt dat de wederpartij het recht wordt ontnomen om de toegezegde prestatie op te eisen, hetgeen een zwart beding is, zie art. 6:236 onder a BW) kan dermate verrassend zijn dat een beroep op het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dan wel dat van de gebruiker gevergd kan worden dat hij betrokkene uitdrukkelijk op het beding wijst.

## 7. Ontvankelijkheid eiser

Art. 6:240 lid 2 bepaalt dat de vordering kan worden ingesteld tegen de gebruiker van algemene voorwaarden, maar ook tegen ondernemers- en beroepsorganisaties die dit gebruik bevorderen. De vordering als bedoeld in art. 6:240 lid 1 komt aan een tweetal groepen van rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid toe. Het zijn die rechtspersonen die ten doel hebben de behartiging van belangen (i) van personen die een beroep of bedrijf uitoefenen, of (ii) van eindgebruikers van niet voor een beroep of bedrijf bestemde goederen of diensten. Kortweg zijn deze belangenbehartigers aan te duiden als organisaties van ondernemers en van consumenten. Aan de individuele ondernemer of consument komt de vordering niet toe, aangezien dit in strijd wordt geacht te zijn met de strekking van de regeling in art. 6:240 e.v., het op gang komen van overleg over als onredelijk beschouwde algemene voorwaarden. In art. 6:240 lid 3, tweede zin, wordt de rechtsvordering van een organisatie in verband gebracht met de belangen die zij behartigt. De in te stellen vordering kan alleen betrekking hebben op algemene voorwaarden die worden gebruikt of bestemd zijn om te worden gebruikt in overeenkomsten met personen wier belangen door de rechtspersoon worden behartigd. De zinsnede ‘... worden gebruikt of bestemd zijn te worden gebruikt’ dient te worden gelezen in de zin van de omschrijving van het bestemmingscriterium van art. 6:231.<sup>26</sup> Art. 6:240 lid 4 bepaalt dat de eiser niet ontvankelijk is indien niet blijkt dat hij, alvorens de vordering in te stellen, de gebruiker de belangenbehartigende ondernemersvereniging de gelegenheid heeft geboden “om in onderling overleg de algemene voorwaarden zodanig te wijzigen dat de bezwaren die grond voor de vordering zouden opleveren, zijn weggenomen.” Een termijn van twee weken na de ontvangst van een verzoek tot overleg onder vermelding van de bezwaren, is daartoe in elk geval voldoende.<sup>27</sup> De bepaling geeft uiting aan het belang dat de wetgever

<sup>26</sup> VV I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1777 resp. 1779.

<sup>27</sup> De in art. 6:240 lid 1 bedoelde vordering komt eveneens niet toe aan een rechtspersoon voorzover deze met het gebruik van bedingen in algemene voorwaarden heeft ingestemd, vergelijk art. 6:240 lid 5.

hecht aan onderhandelingen tussen (organisaties van) personen die algemene voorwaarden gebruiken en organisaties van personen jegens wie deze worden gebruikt, ten einde te komen tot algemene voorwaarden die op evenwichtige wijze met de wederzijdse belangen rekening houden. Art. 6:240 lid 4 bevat de ongeschreven verplichting tot overleg alvorens tot het instellen van een rechtsvordering kan worden overgegaan. Niet-naleving daarvan leidt tot niet-ontvankelijkheid. De in art. 6:240 lid 4, tweede zin, genoemde termijn van twee weken, die in elk geval voldoende wordt geacht om het risico van niet-ontvankelijkheid te vermijden, vangt aan na schriftelijke kennisgeving van de bezwaren, of, zoals de wettekst zegt: na de ontvangst van het desbetreffende verzoek tot overleg. Het Haagse Hof heeft overigens geen taak bij het beoordelen of er wel reëel overleg is gevoerd.<sup>28</sup>

## 8. Korte conclusie

Binnen het gehele pallet van collectieve actiemechanismen vervult het collectief actiemechanisme van art. 6:240 e.v. BW, gericht tegen onredelijke bezwarende bedingen in algemene voorwaarden, een vrij bescheiden rol. Toch heeft deze rol de nodige impact, omdat zij zich richt tegen “grootverbruikers” van algemene voorwaarden. De toe te passen toets is een genuanceerde en een evenwichtige, die er soms toe leidt dat kernbepalingen in veel gebruikte sets van algemene voorwaarden terzijde worden gesteld. Met haar achttien jaar is de regeling relatief oud, maar bruikbaar genoeg om in het team van collectieve acties een rol te blijven spelen.

---

<sup>28</sup> MvA I Inv., Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1780 e.v..